

WYROK
z dnia 28 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2014 r. przez wykonawcę **ZREW Transformatory S.A. w Łodzi**

w postępowaniu prowadzonym przez **Energa Wytwarzanie S.A. w Straszynie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - a) **wykluczenie z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy ETD Transformatory a.s. w Plzen, Republika Czeska, z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej opisanego w pkt IX.6 SIWZ,**
 - b) **odrzućcenie oferty wykonawcy ETD Transformatory a.s. w Plzen, Republika Czeska, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, z powodu niezgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ w zakresie:**
 - **wymaganego prądu biegu jałowego,**
 - **wymaganych izolatorów przepustowych wykonanych w technologii suchej,**
 - **termometru szczelinowego umieszczonego w górnym jarzmie rdzenia do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia**
2. w pozostałym zakresie **odwołanie oddala,**
3. kosztami postępowania obciąża **Energa Wytwarzanie S.A. w Straszynie i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZREW Transformatory S.A. w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Energa Wytwarzanie S.A. w Straszynie** na rzecz wykonawcy **ZREW Transformatory S.A. w Łodzi** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Energa Wytwarzanie S.A. w Straszynie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup transformatora 75 MVA 110/10,5 kV ESP Żydowo”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2014 r. Nr 2014/S 152-272831.

W dniu 6 listopada 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę ZREW Transformatory S.A. w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ETD Transformatory a.s. w Plzen, Republika Czeska, zwanego dalej wykonawcą ETD.

W dniu 14 listopada 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- 1) czynności wyboru oferty wykonawcy ETD jako najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty wykonawcy ETD.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ETD, ze względu na to, że jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ETD, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) przepisu art. 7 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ETD,
- 2) powtórzenia oceny złożonych ofert i wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego,

oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przez pełnomocnika według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferta złożona przez wykonawcę ETD jest niezgodna z SIWZ.

1. Odwołujący podniósł, że do oferty wykonawcy ETD została dołączona pierwotna wersja specyfikacji technicznej (124-142 strona oferty) bez wprowadzenia zmian powstałych na etapie prowadzonego postępowania, która obejmują m.in. inny rodzaj i zakres regulacji napięcia po stronie GN niż wymagany (pierwotnie oczekiwana regulacja podobciążeniowa w zakresie +/-10% w +/- 10 stopniach (pkt 4.1 Tabela z parametrami — str. 4. załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”). Ostatecznie zamawiający zmienił sposób regulacji napięcia na beznapięciowy w zakresie +/-5% w +/-2 stopniach (regulacja beznapięciowa w zakresie +/-5% w +/- 2 stopniach - odpowiedź na pytanie 64 oraz załącznik nr 3 do pisma zawierającego odpowiedzi na pytania).

Odwołujący wywiódł ponadto, że oferta wykonawcy ETD zawiera inne poziomy izolacji strony GN niż wymagane przez zamawiającego (oferowane przez wykonawcę ETD poziomy izolacji LI 450/495 AC 185/230, są zgodne z pierwotnymi wymaganiami zamawiającego, tj. poziom izolacji po stronie GN: LI 450/495 AC 185/230 - pierwsza wersja SIWZ pkt 3 Tabela z parametrami - str. 5. załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” oraz punkt 11, podpunkt 1 n)- str. 16 „Opisu przedmiotu zamówienia”). Warunki te zostały przez zamawiającego zmienione pismem zamawiającego z dnia 3 września 2014 roku, zgodnie z najnowszą normą PN-EN 60076-3: 2013, czyli LI 550 A 230) (poziom izolacji odpowiadający wymaganiom obowiązującej normy PN-EN 60076-3: 2013, czyli LI 550 AV 230 - odpowiedź na pytanie nr 5 zawarta w piśmie z dnia 3 września 2014 roku).

2. Odwołujący podniósł także, że wykonawca ETD, zgodnie z informacją podaną w opisie oferowanego transformatora na str. 145 - 147 złożonej przez niego oferty, oferuje transformator o prądzie stanu jałowego $\leq 0,15\%$, podczas gdy wymagany przez zamawiającego transformator, powinien mieć prąd stanu jałowego $\leq 0,05\%$ (pkt 4.1 Tabela z parametrami - załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” – str. 4).
3. Odwołujący wywiódł również, że w ramach złożonej przez wykonawcę ETD oferty, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia na stronach 145-147 oferty, wykonawca ten oferuje transformator o napięciu zwarcia 10% , podczas gdy wymagany przez zamawiającego transformator powinien mieć napięcie zwarcia na poziomie $10,5\%$. Wymagane napięcie zwarcia powinno być równe $10,5\%$ (pkt 4.1 Tabela z parametrami, załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” – str. 4).

4. Odwołujący podniósł ponadto, że wraz z transformatorem, zgodnie z opisem transformatora zamieszczonym na str. 145-147 oferty ETD, w ramach osprzętu transformatora został zaferowany przez wykonawcę ETD wskaźnik temperatury uzwojeń, podczas gdy zamawiający wymagał dostarczenia w ramach transformatora termometru szczelinowego umieszczonego w górnym jarzmie rdzenia do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia (pkt. 5.10 podpunkt 3 b załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - str. 10).
5. Odwołujący wywiódł, iż w ramach złożonej oferty wykonawca ETD oferuje transformator z przepustami po stronie GN oraz w punkcie gwiazdowym w wykonaniu olejowo powietrzny (zapis na stronach 145-147 oferty), podczas gdy zamawiający wymagał izolatorów przepustowych wykonanych w technologii suchej z izolatorem porcelanowym typu RIP, np. firmy HSP lub równoważnych z przepustami tej firmy (pkt 5.4 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - str. 7).
6. Odwołujący zarzucił również, że zgodnie z zapisami na stronie 147 oferty wykonawcy ETD, oferuje on dostawę transformatora, gdzie zakres dostawy kończy się na zaciskach przepustów i na wejściu do szaf sterowniczych i rozdzielczych, a cała reszta jest poza częścią dostawy, natomiast zamawiający wymagał dodatkowo demontażu transformatora istniejącego i przestawienie go w miejsce rezerwowe oraz montażu transformatora dostarczanego na stanowisku (w tym podłączenie przewodów wyprowadzeń GN, DN, punktu zerowego, obwodów sterowania i sygnalizacji, zasilania osprzętu), a także wykonania testów transformatora na stanowisku po montażu (w tym sprawdzenie i korelacja nastaw zabezpieczeń bloku ze względu na zmianę parametrów transformatora blokowego).
7. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z pkt XV ppkt 21 SIWZ wraz z uwagą zawartą (pod punktem 23) - strona 15 SIWZ, zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą dołączyć dokumenty potwierdzające, że w przypadku zaferowania przez wykonawcę urządzeń innych niż wskazane w projektach stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” są one urządzeniami równoważnymi. Wykonawca ETD wraz z ofertą nie dostarczył wymaganego dokumentu, nie wskazał również kompletnego zestawienia osprzętu przedstawiającego typ lub producenta dostarczanego osprzętu.
8. Odwołujący wywiódł, iż oferta wykonawcy ETD, w szczególności załączone do niej referencje i wykaz zrealizowanych dostaw, nie zawiera informacji o tym, czy przedmiot zamówienia był realizowany na czynnym obiekcie energetycznym, (str. 45-47 oferty), Udzielenia takiej informacji wymaga zamawiający w wykazie zrealizowanych dostaw (pkt X ppkt 11 SIWZ - str. 8).
9. Odwołujący argumentował również, że opinia bankowa dołączona do oferty wykonawcy ETD, wystawiona została w dniu 30.05.2014 r., a obejmująca stan na dzień 28.05.2014 r.

(strona 117 oferty ETD) nie spełnia warunków określonych przez zamawiającego. Zamawiający wymagał informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania oferty, gdzie termin składania oferty zamawiający ustalił na dzień 23.09.2014r., co oznacza, że opinia bankowa przedstawiona przez wykonawcę ETD powinna być wystawiona nie wcześniej niż 23 czerwca 2014 r. (pkt XV ppkt 14 SIWZ - str. 8).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego z 3 września 2014 r. na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez wykonawcę ETD, wezwanie zamawiającego z 2 października 2014 r. skierowane do wykonawcy ETD do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, pismo wykonawcy ETD z 8 października 2014 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 20 października 2014 r. skierowane do wykonawcy ETD do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów, pismo wykonawcy ETD z 23 października 2014 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, zawiadomienie zamawiającego z 6 listopada 2014 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na pozycji 2, za ofertą

wybraną. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do rodzaju i zakresu regulacji napięcia po stronie GN

Zarzut nie jest zasadny.

Ustalono, że w pierwotnej treści SIWZ zamawiający oczekiwał regulacji podobciążeniowej w zakresie $\pm 10\%$ w ± 10 stopniach (pkt 4.1 Tabela z parametrami — str 4. załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”). W dniu 3 września 2014 r. zamawiający, dokonał modyfikacji treści SIWZ dokonując zmiany z podobciążeniowego przełącznika zaczeów na rzecz przełącznika beznapięciowego, w zakresie $\pm 5\%$ w ± 2 stopniach (odpowiedź na pytanie nr 64 z 3 września 2014 r., załącznik nr 3 do pisma z 3 września 2014 r., modyfikujący pkt 4.1. tabeli załącznika nr 1). Zamawiający nie przekazał wykonawcom ujednoliconej wersji załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), która uwzględniałaby ww. modyfikację.

Ustalono także, że wykonawca ETD załączył do swej oferty zaparafowaną, pierwotną wersję załącznika nr 1 do SIWZ (s. 124-142 oferty). Złożył ponadto sporządzoną przez siebie specyfikację techniczną, w której wpisano: „regulacja: beznapięciowy/GN”. Złożył również opis konstrukcji transformatora, w której wskazano: „przełączanie zaczeów: beznapięciowo na uzwojeniach 121 kV. Przełączanie w stanie beznapięciowym”.

Izba stwierdziła, że odwołujący błędnie ustalił na podstawie oferty wykonawcy wybranego jakoby zaoferował on regulację podobciążeniową zamiast wymaganej beznapięciowej. Prawdą jest, że wykonawca ETD złożył wraz z ofertą pierwotny załącznik nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, w którego treści figurowały zapisy odnośnie podobciążeniowej regulacji. Z powyższego nie można było jednak wyprowadzić wniosku, że wykonawca zaoferował zamawiającemu taki sposób regulacji. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający modyfikując załącznik nr 1 – opis przedmiotu zamówienia, nie przesłał wykonawcom jego wersji ujednoliconej. Stąd też wykonawcy, w tym ETD, taką wersją nie dysponowali. Ponadto, z całokształtu oferty wykonawcy ETD można było wywnioskować, że zastosował się on do postanowień zmodyfikowanego opisu. Uszło uwadze odwołującego, że wykonawca

załączył również do swej oferty specyfikację techniczną, w której na str. 147 jednoznacznie wskazał na regulację beznapięciową. Informacja taka wynikała również ze str. 145 oferty – konstrukcji transformatora, w której znalazła się wzmianka o „przełączaniu w stanie beznapięciowym”. W tej sytuacji, przy interpretacji treści oferty wykonawcy ETD należało przyznać prymat specyfikacji technicznej i opisowi konstrukcji transformatora, będących dokumentami sporządzonymi przez samego wykonawcę, bardziej szczegółowymi i w których jednoznacznie wskazano na wymagany sposób regulacji. Wobec powyższego, zarzut należało uznać za chybiony.

2. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do poziomów izolacji strony GN

Zarzut nie jest zasadny.

Ustalono, że w pierwotnej treści SIWZ, w pkt 4.1.3 załącznika nr 1 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia), str. 5, zamawiający wymagał poziomu izolacji dla zacisku liniowego LI 450/495 kV, ACSD 185/230 kV. W dniu 3 września 2014 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, że poziomy te powinny odpowiadać wymaganiom obowiązującej normy PN-EN 60076-3:2013 (odpowiedź na pytanie nr 5 z 3.09.2014 r.). Poziom izolacji odpowiadający wymaganiom normy PN-EN 60076-3: 2013, to LI 550 AV 230 (okoliczność niesporna).

Ustalono także, że wykonawca ETD załączył do swej oferty zaparafowaną, pierwotną wersję załącznika nr 1 do SIWZ (s. 124-142 oferty). Złożył ponadto specyfikację techniczną, w której podał wartość LI 550/605 kV oraz ACSD 230, Lln 325 kV i ACn 140 kV (s. 147 oferty). Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wykonawca ETD wyjaśnił m.in. że: „zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 5 poziomy izolacji oferowanego transformatora będą odpowiadały wymaganiom obowiązującej normy PN-EN 60076-3:2013” (wyjaśnienia z 23.10.2014 r., pkt 2).

Izba stwierdziła, że odwołujący błędnie ustalił na podstawie oferty wykonawcy wybranego jakoby jego oferta zawiera inne poziomy izolacji strony GN niż wymagane przez zamawiającego. Wykonawca rzeczywiście złożył wraz z ofertą pierwotny załącznik nr 1 do SIWZ – opis przedmiotu zamówienia, w którego treści figurowały pierwotne zapisy odnośnie wymaganego poziomu izolacji po stronie GN: LI 450/495 AC 185/230. Z powyższego nie można było jednak wyprowadzić wniosku, że wykonawca zaoferował zamawiającemu takie poziomy izolacji. Wykonawca ETD zastosował się do dokonanej przez zamawiającego modyfikacji i uwzględnił odpowiedź na pytanie nr 5 zawartą w piśmie z dnia 3 września 2014 roku. Złożył bowiem wraz z ofertą sporządzoną przez siebie specyfikację techniczną, w

której podał wartość napięcia LI 550/605 kV oraz ACSD 230 LIn 325 i ACn 140. Były to zatem parametry, wynikające z normy, o której mowa w odpowiedzi na pytanie nr 5. Powyższe wykonawca potwierdził w piśmie z dnia 23 października 2014 r. W tej sytuacji, przy interpretacji treści oferty wykonawcy ETD należało przyznać pierwszeństwo specyfikacji technicznej. Był to bowiem dokument sporządzony przez samego wykonawcę, bardziej szczegółowy, a ponadto wynikało z niego jednoznacznie uwzględnienie postanowień normy wymaganej przez zamawiającego. Wobec powyższego, zarzut należało uznać za chybiony.

3. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do wartości prądu stanu jałowego

Zarzut jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby prąd stanu jałowego był mniejszy lub równy 0,05 % (pkt 4.1 Tabela z parametrami - załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” – str. 4).

Wykonawca ETD złożył specyfikację techniczną oferowanego transformatora, w której wskazał, że prąd stanu jałowego wynosi 0,15% (s. 147 oferty).

Ustalono również, że zamawiający wezwał wykonawcę ETD do wyjaśnienia dotyczącego wartości prądu stanu jałowego. W wezwaniu wskazał, że wykonawca zaoferował prąd stanu jałowego $\leq 0,15\%$, a zamawiający wymagał $\leq 0,05\%$; zapytał czy oferowane rozwiązanie spełnia wymogi SIWZ (pismo zamawiającego z dnia 2.10.2014 r., pkt 6). W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca ETD poinformował, że prosi o potraktowanie zapisu „ $\leq 0,15\%$ ” jako oczywistej omyłki pisarskiej, zaś prąd stanu jałowego będzie mniejszy lub równy 0,05% (wyjaśnienia wykonawcy ETD z 8.10.2014 r. pkt 6).

Izba stwierdziła, że treść oferty wykonawcy ETD okazała się niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ETD zaoferował zamawiającemu urządzenie, które było sprzeczne co do wymaganej wartości prądu stanu jałowego. W SIWZ wymagano tej wartości na poziomie $\leq 0,05\%$, zaś wykonawca ETD zaoferował $\leq 0,15\%$.

Nie wzięto pod uwagę wyjaśnień wykonawcy z 8.10.2014 r., uznając je za niedopuszczalną zmianę treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie Izby stanowisko wykonawcy ETD, a w ślad za nim zamawiającego co do tego, że opisana niezgodność z SIWZ była wynikiem oczywistej omyłki pisarskiej okazało się gołosłowne. W myśl art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający rzeczywiście ma obowiązek poprawić w ofercie oczywiste omyłki pisarskie. Jednakże, jak wynika tak z orzecznictwa Izby, jak i piśmiennictwa, za „oczywiste” uznaje się wyłącznie takie omyłki, które są widoczne na pierwszy rzut oka,

jednoznaczne. W ocenie Izby z ustalonego w sprawie stanu faktycznego nie wynikało, aby oferowany, konkretny transformator w rzeczywistości od początku cechował się wartością prądu stanu jałowego na poziomie $\leq 0,05\%$, a jedynie przez pomyłkę wpisano w jego opisie $\leq 0,15\%$. Stanowisko wykonawcy ETD jak i zamawiającego pozostało gołosłowne. Zamawiający na rozprawie usiłował wywodzić, że istnieje korelacja pomiędzy parametrem prądu biegu jałowego a podanym przez wykonawcę i wynikającym z SIWZ parametrem wielkości strat prądu biegu jałowego. Posiłkował się na rozprawie wzorem: $P = \sqrt{3} * U * I * \cos \phi$, gdzie:

P - moc czynna strat

U - napięcie przyłożone

I - prąd biegu jałowego

$\cos \phi$ – cosinus kąta między prądem, a napięciem

Odwołujący zaprzeczył istnieniu ścisłej korelacji pomiędzy obu parametrami. Wyjaśniał, że przy tych samych stratach biegu jałowego można otrzymać różne wartości prądu stanu jałowego. Wskazał ponadto na inne zmienne, od których zależy wielkość strat, np. rodzaje blach.

W tej sytuacji, nie uwzględniono powyższej argumentacji zamawiającego jako gołosłownej. Ponadto podany wzór dotyczył jedynie mocy „czynnej” strat. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy z 8.10.2014 r. uznano za próbę sanowania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ polegającą na zmianie treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Wobec powyższego, zarzut uznano za zasadny.

4. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do wartości napięcia zwarcia

Zarzut nie jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby oferowany transformator posiadał napięcie zwarcia na poziomie 10,5 %.

W odpowiedzi na wniosek jednego z wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ zamawiający poinformował, że dla parametrów transformatora obowiązują tolerancje zgodnie z normą IEC 60076-1 (odpowiedź na pytanie nr 13 z dnia 3 września 2014 r.). W świetle ww. normy tolerancja wykonawcza dla napięcia zwarcia o podanej w SIWZ wartości wynosi $\pm 7,5\%$ (okoliczność niesporna).

Ustalono także, że wykonawca ETD podał wartość napięcia zwarcia na poziomie 10% (s. 147 oferty).

Izba stwierdziła, że dla rozstrzygnięcia co do zgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ w zakresie parametru napięcia zwarcia istotną okazała się odpowiedź na pytanie nr 13 z 3.09.2014 r. Zgodnie z tą odpowiedzią dopuszczono dla parametrów transformatora tolerancje zgodnie z normą IEC 60076-1. W konsekwencji postanowień tej normy tolerancja napięcia zwarcia procentowego wynosić mogła $\pm 7,5\%$. Wobec wymaganej w SIWZ wartości znamionowej napięcia zwarcia na poziomie 10,5%, zakres dopuszczalnego napięcia zwarcia z uwzględnieniem tolerancji zawierać się mógł w zakresie od 9,75 % do 11,25 %. Zaoferowana przez wykonawcę ETD wartość napięcia zwarcia 10% mieści się zatem w tej tolerancji, co oznacza zgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Nie podzielono stanowiska odwołującego przedstawionego na rozprawie jakoby przytoczona odpowiedź zamawiającego na pytanie miała dotyczyć jedynie tolerancji wykonawczej. Nic takiego z tej odpowiedzi nie wynikało. Norma rzeczywiście reguluje zakres dopuszczalnej tolerancji wykonawczej, jednakże zamawiający w odpowiedzi odniósł się ogólnie do tolerancji, nie ograniczając jej jedynie do tolerancji wykonawczej. Zatem można było przyjąć, tak jak to uczynił wykonawca ETD, iż dopuszczony przez zamawiającego zakres tolerancji odnosi się również do wartości znamionowej napięcia zwarcia. Przy rozstrzygnięciu zarzutu uwzględniono jednolicie prezentowany w orzecznictwie Izby pogląd, iż nieprecyzyjnych postanowień SIWZ nie tłumaczy się na niekorzyść wykonawcy. Wobec powyższego, zarzut nie potwierdził się.

5. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do termometru do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia

Zarzut jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający wymagał dostarczenia w ramach transformatora termometru szczelinowego umieszczonego w górnym jarzmie rdzenia do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia (pkt. 5.10 ppkt 3 b załącznika nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” - str. 10). Ustalono także, że zamawiający wymagał aby wykonawcy załączyli do oferty dokumenty zawierające m.in. następujące informacje: wypełniony arkusz danych technicznych transformatora, opis techniczny transformatora i urządzeń pomocniczych (pkt 8 załącznika nr 1 do SIWZ).

Wykonawca ETD złożył wraz z ofertą specyfikację techniczną transformatora, w której wymienił osprzęt dostarczany w ramach dostawy. Wśród osprzętu wymieniono m.in. wskaźnik temperatury uzwojenia, ale nie wymieniono termometru do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia (s. 148 oferty wykonawcy ETD).

Zdaniem Izby, wbrew stanowisku odwołującego, fakt zaoferowania przez wykonawcę wskaźnika temperatury uzwojeń nie oznaczał sam przez się niemożności zamontowania termometru szczelinowego do pomiaru temperatury rdzenia.

Wzięto jednak pod uwagę, że istotnie wykonawca w opisie technicznym oferowanego transformatora nie podał, aby zaoferował ww. termometr. Tymczasem, zgodnie z SIWZ do oferty należało załączyć m.in. wypełniony arkusz danych technicznych transformatora oraz opis techniczny transformatora i urządzeń pomocniczych. W ocenie Izby przywoływany termometr powinien zostać co najmniej wymieniony w opisie technicznym. Wzięto pod uwagę, że termometr ten stanowił urządzenie pomocnicze, co przyznał na rozprawie sam zamawiający.

Izba stwierdziła, że opis techniczny, którego wymagał zamawiający, na gruncie ustawy Pzp musi być kwalifikowany jako tzw. dokument potwierdzający, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazuje na to treść § 6 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231 ze zm.). W razie złożenia przez wykonawcę niekompletnego dokumentu przedmiotowego po stronie zamawiającego aktualizuje się, co do zasady, obowiązek wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jednakże w analizowanej sprawie wystąpił wyjątek od zasady wzywania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, że zamawiający nie wzywa do uzupełniania brakujących dokumentów, jeżeli pomimo uzupełnienia oferta podlegała odrzuceniu. Ponieważ zaś, jak stwierdzono w analizowanej sprawie, oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu, zamawiający nie mógł skorzystać z procedury wzywania.

W tej sytuacji zamawiający obowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy ETD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również z tego powodu, że nie złożył on opisu oferowanego termometru szczelinowego do pomiaru maksymalnej temperatury rdzenia.

6. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do izolatorów przepustowych wykonanych w technologii suchej

Zarzut jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby przepusty strony GN winny być konstrukcji „suchej” np. firmy HSP lub równoważne z przepustami strony GN tej firmy, tj. izolator przepustowy typu RIP wykonany w technologii suchej z izolatorem porcelanowym (...) (pkt

5.4 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ „opis przedmiotu zamówienia” - str. 7).

Wykonawca ETD złożył wraz z ofertą opis konstrukcji transformatora, w którym, w opisie oferowanych izolatorów przepustowych i połączeń, wskazał, iż „uzwojenia 121 kV są wyprowadzone na pokrywę za pośrednictwem 3 przepustów olej powietrze zapewniające połączenie z linią. Punkt zerowy 121 kV jest wyprowadzony za pośrednictwem izolatora olejowo powietrznego. Punkt zerowy jest bezpośrednio uziemiony. Uzwojenia 10,5 kV są wyprowadzone poprzez trzy ceramiczne izolatory przepustowe do podłączenia do mostów szynowych” (s. 145 oferty). Złożył ponadto wraz z ofertą specyfikację techniczną transformatora, w której opisał parametry dotyczące przyłączenia przepustów. Poinformował, że przyłączenie przepustów przy napięciu 242 kV, 10,5 kV oraz 242 kV punktu neutralnego będzie typu kondensatorowego (powietrzny typ przepustu).

Zamawiający wezwał wykonawcę ETD do wyjaśnień przez złożenie informacji dotyczącej oferowanych typu izolatorów przepustowych i typu przełącznika zaczepów (wezwanie z 2.10.2014 r., pkt 5). W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca ETD oświadczył, że oferuje izolatory przepustowe WN firmy HSP, typu STARIP 550/123 (3 szt.) 325/72,5 (1 szt.) wykonane w technologii suchej z izolatorem przepustowym wolnym od wyładowań niezupełnych (...). Oświadczył, że izolatory te spełniają wymagania pkt 5.4. załącznika nr 1 do SIWZ (wyjaśnienia z dnia 8.10.2014 r. pkt 5.1).

W ocenie Izby, z opisu konstrukcji transformatora i specyfikacji technicznej, jakie wykonawca załączył do oferty jednoznacznie wynikało, iż pierwotnie ofertą wykonawcy objęty był izolator przepustowy 242 kV, w którym jako medium izolacyjnym zastosowano olej. W dokumentach tych wyraźnie wspomniano o przepustach olej powietrze oraz izolatorze olejowo - powietrznym. Powyższe oznaczało niezgodność z wymaganą przez zamawiającego w SIWZ technologią suchą, w której medium izolacyjnym nie może być olej.

Nie wzięto pod uwagę wyjaśnień, jakie wykonawca złożył zamawiającemu w dniu 8 października 2014 r. W wyjaśnieniach tych wykonawca oświadczył wprawdzie, że oferuje izolatory wykonane w technologii suchej firmy HSP Starip 550/123 (3 szt.) 325/72,5 (1 szt.), a więc w technologii wymaganej w SIWZ. Dostrzeżenia wymagało jednak, że w wyniku wyjaśnień wykonawca zmienił treść swojej oferty oferując ostatecznie izolatory 123 kV wykonane w technologii suchej, podczas gdy w ofercie była mowa o zupełnie innych izolatorach 242 kV typu olejowo-powietrznego. Zamawiający w trakcie rozprawy przyznał, że wykonawca zmienił oferowane przez siebie izolatory, oświadczając jedynie, że „izolatory z napięciem 242 kV są dużo większe i droższe, aniżeli izolatory przepustowe 123 kV, o których mowa w wyjaśnieniach”. Zmianę oferowanych izolatorów, jakiej dopuścił się wykonawca ETD, należało uznać zmianę treści oferty niedopuszczalną w świetle treści art. 87 ust. 1

ustawy Pzp. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że wyjaśnienia treści oferty nie mogą prowadzić do zmiany oferowanego świadczenia. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy z 8.10.2014 r. uznano za próbę sanowania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ polegającą na zmianie treści oferty. Wobec powyższego, zarzut uznano za zasadny.

7. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ z powodu niezłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, iż oferowane urządzenia inne niż wskazane w projektach stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” są urządzeniami równoważnymi

Zarzut nie jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą dołączyć dokumenty potwierdzające, że w przypadku zaoferowania przez wykonawcę urządzeń innych niż wskazane w projektach stanowiących załącznik nr 1 do SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” są one urządzeniami równoważnymi (pkt XV ppkt 21 SIWZ str. 15 SIWZ).

Wykonawca ETD nie zaoferował innych, niż wskazane w projektach, beznapięciowych przełączników zaczepów. Nie złożył wraz z ofertą dokumentów dotyczących równoważności.

Izba stwierdziła, że jak wynikało z przywołanego przez odwołującego postanowienia pkt XV ppkt 21 SIWZ, obowiązek złożenia dokumentów dotyczących równoważności aktualizował się wyłącznie w sytuacji, gdyby wykonawca zaoferował rozwiązanie inne niż wskazane w projekcie. Wzięto pod uwagę, że odwołujący ani w odwołaniu ani na rozprawie nie wyjaśnił skąd wywodzi, że wykonawca ETD zaoferował urządzenia inne niż wymienione w projekcie. W trakcie rozprawy odwołujący argumentował jedynie, że wykonawca zaoferował wymaganą regulację beznapięciową, ale nie określił w opisie oferowanego rozwiązania typu i rodzaju beznapięciowego przełącznika zaczepów. Jednakże powyższa argumentacja nie świadczy jeszcze o tym, aby wykonawca zaoferował rozwiązanie inne niż określone w projekcie w odniesieniu do beznapięciowego przełącznika zaczepów. Nie można wykluczyć bowiem sytuacji, że wykonawca zaoferował przełącznik zgodny z projektem, a jedynie nie ujawnił w ofercie szczegółów dotyczących jego typu czy właściwości.

W konsekwencji zarzut niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z postanowieniem pkt XV ppkt 21 SIWZ należało uznać za chybiony.

8. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ z powodu niezłożenia w wykazie wykonanych dostaw informacji, iż przedmiot zamówienia był realizowany na czynnym obiekcie energetycznym

Zarzut nie jest zasadny.

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu transformatora blokowego o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł (pkt IX.3 SIWZ).*

Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że w celu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien przedstawić *wykaz zrealizowanych w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zamówień (minimum jedno zamówienie) zgodnie z warunkiem udziału określonym w Rozdziale IX ust. 3 SIWZ. Dla każdego zamówienia wymienionego w wykazie należy podać: przedmiot zamówienia, informację o wielkości napięcia, informację czy przedmiot zamówienia był realizowany na czynnym obiekcie energetycznym, datę wykonania, tj. datę rozpoczęcia wykonywania zamówienia (podaną w formacie: dzień, miesiąc, rok) i datę ukończenia zamówienia (podaną w formacie: dzień, miesiąc, rok), rozumianą jako datę odbioru przedmiotu zamówienia, po której rozpoczął bieg okres gwarancji i rękojmi, oraz podmiot na rzecz którego zamówienie zostało wykonane (zgodnie z treścią załącznika nr 4 do SIWZ) (pkt X. 11 SIWZ).*

Wykonawca ETD złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych dostaw, w którym wykazał doświadczenie w wykonaniu dostawy 3 transformatorów 250 MVA w Elektrowni Dalesice w okresie od 2.09.2011 r. do 11.10.2012 r. Nie zamieścił w wykazie informacji, czy przedmiot zamówienia został zrealizowany na czynnym obiekcie energetycznym. Do wykazu załączono referencje wystawione przez zleceniodawcę, zgodnie z którymi dostawa obejmowała transport, montaż, pomiary na stanowisku oraz udział w uruchomieniu transformatorów (s. 45-47 oferty).

Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wykonawcy ETD jako sprzecznej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezamieszczenia w wykazie informacji o tym, czy wykonane przez wykonawcę dostawy transformatorów zostały zrealizowane na czynnym obiekcie energetycznym. Powołana przez odwołującego

kwalfikacja prawna świadczy o tym, że uszła jego uwadze zasadnicza różnica pomiędzy „treścią oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a warunkami udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Treść oferty dotyczy oferowanego przez wykonawcę świadczenia (strony przedmiotowej zamówienia), zaś warunki udziału w postępowaniu – strony podmiotowej zamówienia, tj. właściwości wykonawcy. Właściwością taką jest m.in. doświadczenie wykonawcy (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Powyższe rozróżnienie ma doniosłe znaczenie na gruncie przepisów ustawy. Sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Z kolei niewykazanie warunku udziału w postępowaniu oznacza konieczność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, po uprzednim wyczerpaniu procedury uzupełniającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

Wzięto pod uwagę, że o tym jakie zarzuty formułuje strona nie decyduje proponowana przez nią kwalifikacja prawna, lecz przywołane okoliczności faktyczne, a zatem Izba rozpoznała zarzut merytorycznie. Zbadano, czy przywołane okoliczności faktyczne świadczą o niewykazaniu przez wykonawcę ETD warunku udziału w postępowaniu.

Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Pzp w art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nie łączy konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania z „niezłożeniem przez niego dokumentu wymaganego na potwierdzenie warunku”, lecz z „niewykazaniem warunku udziału w postępowaniu”. Z powyższego wyraźnie wynika, że wykluczenie może nastąpić tylko w sytuacji, gdyby nie został wykazany któryś z elementów opisanego przez zamawiającego warunku. Wzięto pod uwagę, że wymagany przez zamawiającego w pkt X ppkt 11 SIWZ wykaz zamówień istotnie miał obejmować m.in. informację o tym, czy przedmiot zamówienia realizowany był na czynnym obiekcie energetycznym. Prawdą jest również, że wykonawca ETD w wykazie takiej informacji nie podał. Okoliczności tej nie sposób było również ustalić w oparciu o treść dokumentu referencyjnego. Za chybione uznano także stanowisko zamawiającego, który wywodził, że z „jego wiedzy” wynika, iż dostawa nastąpiła na czynnym obiekcie. Spełnienie warunku zamawiający ocenia bowiem na podstawie dokumentów składanych mu przez wykonawcę w postępowaniu.

Brak powyższej informacji nie świadczył jednak o tym, że wykonawca ETD nie wykazał warunku udziału. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający żądał złożenia wykazu celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IX ppkt 3 SIWZ (nagłówek pkt X SIWZ). Był zatem jedynie środkiem dowodowym. Natomiast przedmiot owego dowodzenia wynikał z pkt IX. 3 SIWZ, w którym zamieszczono opis warunku. Warunek ten brzmiał zaś w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na dostawie, montażu i uruchomieniu transformatora blokowego o wartości nie mniejszej niż 2.000.000 zł. Jak wynikało z

powyższego, treścią warunku nie było objęte doświadczenie w dostawie „na czynnym obiekcie energetycznym”. W konsekwencji brak informacji na ten temat był nieistotny z punktu widzenia warunku. Zatem zarzut uznano za chybiony.

9. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ z powodu złożenia opinii bankowej wystawionej wcześniej aniżeli 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert

Zarzut jest zasadny, choć nieprawidłową okazała się proponowana przez odwołującego kwalifikacja prawna.

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, jaki musieli wykazać wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000,00 PLN lub równowartość tej kwoty w innej walucie (pkt IX.6 SIWZ). Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że w celu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien przedstawić informację z banku lub skok, w których wykonawca posiada rachunek bankowy, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę 3.000.000,00 PLN lub równowartość tej kwoty w innej walucie, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Termin składania ofert upływał w dniu 23 września 2014 r.

Wykonawca ETD złożył wraz z ofertą informację z Czeskiej Kasy Oszczędności, wystawioną 30 maja 2014 r. dokumentującą wysokość środków finansowych na wymaganą przez zamawiającego kwotę (s. 117-118 oferty).

Oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu (rozstrzygnięcie zarzutów nr 3, 5, 6 powyżej).

Zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia informacji z banku, wskazując, że złożony wraz z ofertą dokument został wystawiony wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (wezwanie z dnia 2 października 2014 r. pkt 3). W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca ETD złożył informację z banku, potwierdzającą wymagane środki finansowe, wystawioną 1 września 2014 r.

Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wykonawcy ETD jako sprzecznej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezłożenia aktualnej informacji

z banku. Powołana przez odwołującego kwalifikacja prawna świadczy o tym, że uszła jego uwadze zasadnicza różnica pomiędzy „treścią oferty” w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a warunkami udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby co do różnicy pomiędzy obu instytucjami, jak również odnośnie rozumienia zarzutu, przedstawione przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu. Zbadano zatem, czy przywołane okoliczności faktyczne świadczą o niewykazaniu przez wykonawcę ETD warunku udziału w postępowaniu.

Stwierdzono, iż skoro termin składania ofert upływał 23 września 2014r., to aby uczynić zadość wymogom wynikającym z SIWZ, należało przedstawić opinię bankową wystawioną nie wcześniej niż 23 czerwca 2014 r. Opinię bankową, jaką wykonawca ETD załączył do oferty, wystawiono 30 maja 2014 r., a zatem nie odpowiadała ona wymogom wyartykułowanym w SIWZ.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał warunku udziału w postępowaniu. Wykluczenie takie musi być, co do zasady, poprzedzone procedurą sanacyjną wynikającą z art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie warunku, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z powołanego przepisu wynika, że wprowadzie zamawiający, co do zasady, ma obowiązek wezwać do uzupełnienia brakujących dokumentów, jednakże zasada ta doznaje wyjątku, m.in. w sytuacji gdy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Ponieważ zaś, jak stwierdzono przy rozstrzygnięciu zarzutów 3, 5, 6, oferta wykonawcy ETD podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, zatem zamawiający nie mógł skutecznie wezwać wykonawcy do uzupełnienia brakującego dokumentu. Przy ocenie spełnienia warunku należało zatem pominąć opinię bankową uzupełnioną przez wykonawcę ETD w dniu 8 października 2014 r. w odpowiedzi na nieprawidłowe wezwanie.

W tej sytuacji zamawiający obowiązany był do wykluczenia wykonawcy ETD na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt IX pkt 6 SIWZ, czego jednak zaniechał. Zarzut okazał się zatem zasadny.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył również przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonał bowiem wyboru oferty wykonawcy ETD, jako oferty najkorzystniejszej

w sytuacji, gdy wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, zaś złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu.

Izba nie orzekała co do zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty wykonawcy ETD z treścią SIWZ co do zakresu zaoferowanej dostawy kończącej się, wedle odwołującego, na zaciskach przepustów i na wejściu do szaf sterowniczych i rozdzielczych, gdyż odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

W odniesieniu do zarzutów, które nie znalazły potwierdzenia, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: